

Universidade de Brasília  
Instituto de Ciência Política  
Curso de Graduação em Ciência Política

Natália Jorge e Costa

**O Mandado de Segurança 32.033/DF e a Controvérsia Sobre o  
Caráter Democrático do Controle de Constitucionalidade**

Brasília – DF  
2014

Natália Jorge e Costa

**O Mandado de Segurança 32.033/DF e a Controvérsia Sobre o  
Caráter Democrático do Controle de Constitucionalidade**

Monografia apresentada ao Instituto de  
Ciência Política da Universidade de  
Brasília como requisito parcial à obtenção  
do título de Bacharel em Ciência Política

Professor Orientador: Pablo Holmes  
Chaves

Brasília, junho de 2014

## **AGRADECIMENTOS**

À Beatriz, minha mãe e maior professora;

Aos demais familiares e professores;

Aos amigos da Universidade de Brasília e da Université de La Rochelle.

## RESUMO

O presente trabalho analisa as tensões institucionais entre os poderes Legislativo e Judiciário por meio do Mandado de Segurança 32.033/DF. O referido MS requisitou a intervenção prévia do Poder Judiciário no Poder Legislativo, visando interromper a tramitação do PL 4.470/2012 no Congresso Nacional. Investiga-se as motivações dos ministros votantes, analisando o controle de constitucionalidade e a controvérsia sobre o seu caráter democrático. Nesse ponto, expõe-se o conflito entre os princípios da supremacia da Constituição e do regime democrático, que geram a tensão entre os poderes Judiciário e Legislativo. Isso porque enquanto o Legislativo seria revestido de legitimidade democrática para a tomada de decisões, ao STF cabe guardar a Constituição, impondo limites à atividade legislativa.

Para minimizar essa tensão e preservar o Estado Democrático de Direito, faz-se necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre a atuação desses poderes. Nesse sentido, entende-se que não deve haver uma dinâmica institucional pré-definida do ponto de vista normativo, que fixe de maneira radical os âmbitos de atuação dos poderes. Um modelo rígido bloquearia os avanços e as mutações institucionais demandadas pela sociedade, além de limitar os contornos de ação do Direito e o seu grande potencial transformador.

Por fim, no caso em voga, a elaboração do PL 4.470/2012 foi uma reação do poder Legislativo à decisão do STF na ADI 4.430/DF. Assim, verifica-se que a decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade não encerrou o debate, mas fomentou o diálogo institucional, corroborando para um procedimento de tomada de decisões mais qualificado.

Palavras-chave: Direito; Política; Mandado de Segurança; Poder Judiciário; Poder Legislativo; Constitucionalismo; Democracia; Controle de Constitucionalidade; Separação de Poderes; Diálogo Institucional.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

MS – MANDADO DE SEGURANÇA

PDT – PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

PL – PROJETO DE LEI

PLC – PROJETO DE LEI DA CÂMARA

PMDB – PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO DO BRASIL

PMN – PARTIDO DA MOBILIZAÇÃO NACIONAL

PPS – PARTIDO POPULAR SOCIALISTA

PSTU – PARTIDO SOCIALISTA DOS TRABALHADORES UNIFICADO

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 O MANDADO DE SEGURANÇA 32.033/DF .....</b>	<b>9</b>
2.1 Do Objeto e das Decisões Liminar e Final .....	9
2.2 Do Voto Vencido .....	11
2.3 Do Voto Majoritário .....	13
<b>3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA .....</b>	<b>18</b>
3.1 A Constituição de 1988 e o Controle de Constitucionalidade .....	18
3.1 O (Des)equilíbrio entre Legislativo e Judiciário .....	23
<b>4 O MANDADO DE SEGURANÇA 32/033/DF E A NECESSIDADE DE UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL.....</b>	<b>32</b>
4.1 O Mandado de Segurança 32.033/DF Aplicado às Discussões .....	32
4.2 Mecanismos de Diálogo Institucional .....	36
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>41</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>44</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A interposição do Mandado de Segurança 32.033/DF<sup>1</sup>, em abril de 2013, e seu deferimento em caráter liminar pelo relator ministro Gilmar Mendes evidenciam um contexto de crescente permeação entre o Direito e a Política. Desde a reconstitucionalização do país, o Judiciário vem ganhando visibilidade no cenário institucional ao aproximar-se das demandas sociais, livrando-se da imagem de departamento meramente técnico.

Segundo Nobre e Rodriguez<sup>2</sup>, a corrente que, na segunda metade do século XX, promoveu a abertura do Parlamento a novos grupos sociais, agora chega ao Judiciário. A sociedade civil organizada demanda maior participação e exerce pressão para uma deliberação judicial mais cidadã. O direito passa, portanto, a ser considerado um fenômeno social e seu modelo de racionalidade se expande ao alcance da sociedade civil. Nesse sentido, verifica-se que a nova configuração institucional, que é um desdobramento natural da separação de poderes que se complementam, é incompatível com uma visão normativista do direito. Por conseguinte, o movimento de expansão das fronteiras do direito envolve a concepção de mecanismos institucionais alternativos.

Diante desse cenário, por meio do MS 32.033/DF, procura-se analisar os fundamentos das relações entre Direito e Política no que tange aos mecanismos de controle de constitucionalidade, se essa intervenção do Judiciário no Poder Legislativo é legítima, qual é o momento para que ela ocorra, o seu caráter democrático e as possibilidades de controle prévio de constitucionalidade.

Para isso, num primeiro momento, explicar-se-á brevemente os motivos do pedido do impetrante do Mandado de Segurança. Em seguida, analisar-se-á os argumentos do relator, Ministro Gilmar Mendes, que concedeu a liminar, e dos outros dois ministros que o acompanharam quando da votação em plenário: Dias

---

<sup>1</sup> Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS\\_32033.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_32033.pdf). Acesso em 01 mai 2014.

<sup>2</sup> NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativista*, 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002011000300001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001). Acesso em 10 abr 2014.

Toffoli e Celso de Mello. O Capítulo 1 encerra-se com a exposição dos principais argumentos dos ministros contrários à concessão do MS, o voto majoritário.

O capítulo 2 consistirá no debate sobre o controle de constitucionalidade e a democracia. Aqui, examinar-se-á, primeiramente, o contexto institucional brasileiro que foi modificado com a Constituição de 1988. Esse ponto abrange a análise dos motivos que levam o Judiciário a deter papel crescente no processo de tomada de decisões e, ainda, os contornos institucionais do controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

Em seguida, passa-se à elucidação da controvérsia entre dois princípios do Estado Democrático de Direito: a Supremacia da Constituição e a Democracia. O dualismo entre essas concepções é transplantado para os poderes Legislativo e Judiciário, o que abala a ideia de uma rígida estrutura de separação de poderes. Quanto a esse ponto, analisar-se-á os possíveis desequilíbrios existentes entre os poderes, e os aspectos positivos e negativos de uma intervenção do Judiciário no Legislativo, por meio do controle de constitucionalidade.

Por fim, o capítulo 3, vem no sentido de aplicar o MS 32.033/DF às discussões do capítulo 2 verificando se, no caso em voga, houve de fato um desequilíbrio entre os poderes Judiciário e Legislativo. Assim, verificar-se-á as ações e reações entre esses poderes diante do caso concreto, bem como a possibilidade de haver um diálogo institucional entre eles. Aqui, a permeabilidade das fronteiras entre Direito e Política será analisada, e propor-se-á sugestões de mecanismos alternativos para uma nova dinâmica institucional que envolva esses dois domínios visando a melhoria do procedimento de tomada de decisões.



## 2 O MANDADO DE SEGURANÇA 32.033/DF

### 2.1 Do Objeto e das Decisões Liminar e Final

O Mandado de Segurança 32.033/DF teve cunho preventivo com pedido de liminar, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, como impetrante o Senador Rodrigo Sobral Rollemberg e como impetrados os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. O presidente da Câmara, por ter submetido o Projeto de Lei no 4.470/2012 à votação, e o presidente do Senado, pela possibilidade de, a qualquer momento, incluir o projeto de lei (aqui como PLC 14/2013) na pauta de deliberações. Também foram admitidos no processo, enquanto *amici curiae*, representantes do PSTU, do PPS e da Rede de Sustentabilidade, bem como do Senador Pedro Taques (PDT-MT).

Alega o impetrante que o referido projeto de lei, de autoria do deputado Edinho Araújo (PMDB-SP), seria inconstitucional ao dispor que “a migração partidária que ocorrer durante a legislatura não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão”<sup>3</sup>. Ao desestimular a criação de novos partidos, a proposta contrariaria o artigo 17, caput, §3º da Constituição Federal, que dispõe que

“É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23353055/medida-cautelar-no-mandado-de-seguranca-ms-32033-df-stf>. Acesso em 11 jun 2014.

<sup>4</sup> BRASIL, Constituição Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 01 mai 2014.

Rodrigo Rollemberg sustenta, também, que o PL 4.470/2012, ao impedir que a transferência proporcional dos recursos partidários e midiáticos acompanhe os parlamentares que migraram para novos partidos, teve cunho arbitrário e casuístico, ferindo o processo legislativo e obstaculizando a formação de novos partidos por minorias parlamentares. O objetivo direto seria prejudicar as agremiações partidárias então em vias de criação, leia-se os partidos “Rede” e o “Solidariedade”, além de dificultar a fusão do PPS com o PMN, partidos de oposição ao governo. Assevera, ainda, que a proposta contraria decisão então recentemente tomada pelo STF no julgamento da ADI 4.430/DF, a qual definiu o direito fundamental de liberdade de criação e transformação de partidos, que se correlaciona com o princípio do pluralismo político.

Tendo em vista que, entre as condições para a impetração de um mandado de segurança está a ameaça a direito líquido e certo por autoridade pública ou no exercício de função pública, as alegações do autor do pedido, para justificá-lo, podem ser resumidas nos seguintes pontos: 1) a proposição constitui abuso de poder legislativo da maioria ao restringir direitos políticos da minoria de maneira casuística, tendo destinatários certos e definidos; 2) há impedimento ao exercício do direito fundamental à livre criação e transformação de novos partidos, elemento essencial ao pluralismo político, como definido pela Constituição e pela decisão a respeito da ADI 4.430/DF; 3) a proposta promove a desigualdade entre os parlamentares, dividindo-os em duas categorias e estabelecendo severas restrições à transferência dos de “segunda-categoria” a outras legendas partidárias, em detrimento da representatividade adquirida; 4) o projeto também fomenta desigualdade entre os partidos uma vez que os de primeira classe sobreviveriam mais facilmente à fase de início da carreira partidária.

Desse modo, o impetrante alega que, enquanto membro do Congresso Nacional, ele teria o direito líquido e certo em não fazer parte da elaboração de atos normativos dessa natureza, que vão diretamente contra preceitos constitucionais fundamentais. Pede, portanto, a imediata interrupção da tramitação do referido PL.

## 2.2 Do Voto Vencido

O ministro Gilmar Mendes, relator do MS, concedeu liminar favorável ao impetrante, o que provocou a imediata interrupção da tramitação do referido projeto de lei no Senado Federal. Quando analisada pelo plenário da Corte, contudo, a decisão de Mendes foi vencida. Nesse turno de votação, os ministros Dias Toffoli, relator da ADI 4.430/DF supracitada, e Celso de Mello acompanharam Gilmar Mendes.

Num primeiro momento, e quanto ao cabimento, Gilmar Mendes<sup>5</sup> defendeu que o mecanismo de segurança é possível sempre que há afronta aos princípios constitucionais, principalmente no que tange a direitos fundamentais. Mesmo o Poder Legislativo, tendo em vista o seu caráter político, deve ser reprimido quando se verifica a extrapolação dos limites constitucionais ou a ofensa a direitos públicos subjetivos.

Verifica-se, ainda, segundo o ministro, ilegalidade no que tange às normas do processo legislativo constitucional, vítimas de arbitrariedade dos agentes legislativos. Isso porque o PL tramitou de maneira acelerada, sem dar chance para devidas discussões e oposições. Esse flagrante desrespeito corroboraria para a excepcionalidade da situação, um dos requisitos para o provimento do MS. Outro requisito, o *periculum et mora*, se justificaria pela situação de risco de que o PL fosse aprovado no Senado e sancionado pela presidente da República, passando a fazer parte do ordenamento jurídico.

Verificado o desimpedimento formal, os principais argumentos pela impetração do MS giraram em torno dos mesmos pontos alegados pelo Senador Rollemberg em sua ementa, a começar pela menção ao direito subjetivo dos parlamentares de não se submeterem a procedimento inconstitucional de elaboração de leis.

Nesse sentido, a intervenção do judiciário sobre o legislativo se daria a fim de garantir o respeito às normas constitucionais. Além disso, Mendes defendeu que um projeto de lei, por analogia às emendas constitucionais, não

---

<sup>5</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS32033.pdf>. Acesso em: 11 jun 2014

pode restringir direitos políticos, uma vez que o artigo 60 §4º da Constituição institui esses direitos como cláusulas pétreas.

O voto vencido também ressaltou o teor casuístico e discriminatório do projeto, por claramente dirigir-se a um conjunto determinado ou determinável de pessoas. Ao prejudicar grupos minoritários, fere-se o princípio da isonomia e, por consequência, viola-se a democracia pluralista. Gilmar Mendes, sobre esse ponto, declara que

“em uma concepção majoritária de democracia, as regras que regem o processo democrático- eleitoral devem ser previsíveis e justas, de modo a viabilizar que a minoria de hoje possa transformar-se em maioria no dia seguinte. Sem isso, minam-se as próprias condições de legitimidade do regime democrático”<sup>6</sup>.

Ainda, o fato de o PL ir de encontro à decisão sobre a ADI 4.430/DF, a qual foi resultado de evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal, afrontaria o princípio da segurança jurídica. Isso porque, se aprovado, provocaria a discriminação entre parlamentares eleitos na atual legislatura, e que pretendem se manter nos seus partidos, e os que estão em vias de mobilização para criação de novas legendas partidárias, prejudicando também a concorrência democrática.

Um ponto que merece relevo é o argumento de que o PL tramitou na Câmara dos Deputados em regime de urgência, o que não era para ter ocorrido. Segundo Mendes, o regimento interno da casa somente prevê a adoção do regime de urgência em casos de relevância social e inadiável interesse nacional, não sendo possível quando se tratar de direitos fundamentais, como os direitos políticos das minorias, justamente pelo fato de esse assunto demandar discussões mais profundas entre os parlamentares, na expectativa de obter-se a melhor decisão possível.

---

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS32033.pdf>. Acesso em 1 mai 2014. P. 100.

O ministro Celso de Mello<sup>7</sup>, em seu voto, deu especial atenção à constatação de que a interferência do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo é natural, uma vez que ao Poder Judiciário cabe zelar pela Constituição, que é a norma máxima. Nesse sentido, o Judiciário poderia fazer prevalecer as normas constitucionais, mesmo frente a outros poderes. Sendo assim, a todo poder, mesmo quando exercido pelo parlamento, cabem limites, e a atitude do Congresso, segundo ele, foi opressiva e de dominação, justificando a intervenção.

Por fim, o relator aclarou que a impetração do MS nesse caso não se daria apenas com o objetivo de resguardar direito líquido e certo, mas teria outra motivação: a de resguardar a proteção constitucional sobre os regulamentos internos do processo legislativo, o que seria uma utilização especial do instrumento. No entender de Gilmar Mendes, o controle constitucional de caráter preventivo seria, em alguns casos, não apenas útil como também necessário, pois impediria que um ato inconstitucional viesse a produzir efeitos.

### 1.3 Do Voto Majoritário

Os ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio Mello, Carmem Lúcia e Joaquim Barbosa foram contra a decisão liminar do ministro Gilmar Mendes. Suas defesas podem ser resumidas em alguns pontos.

Primeiramente alegou-se que, de acordo com jurisprudência da Corte, não é possível que haja o controle de constitucionalidade prévio de projeto de lei pelo STF. Isso porque tanto o legislativo quanto o executivo detêm poderes para intervir nessa fase, ficando o judiciário contido à realização do controle a *posteriori*, quando o projeto é convertido em lei. Sendo assim, o controle de constitucionalidade prévio pode ser feito ou pelo Legislativo, na Comissão de

---

<sup>7</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241706> Acesso em 11 jun 2014.

Constituição e Justiça (CCJC), ou pelo poder Executivo, que detém o poder de veto total ou parcial.

Além disso, apontou-se que caso o projeto realmente se transformasse em lei, quando então poderia ser feito o controle de constitucionalidade pela Corte por meio de ADI, não haveria prejuízo nem para o impetrante, nem para os grupos políticos minoritários. Sendo assim, um controle *a priori* não faria sentido e contrariaria a legitimidade democrática conferida ao Congresso Nacional para exercer livremente suas atividades de debate e votação.

A interferência *a priori*, portanto, violaria a separação de poderes pois impediria o Congresso de exercer sua função precípua, mesmo nos casos em que o projeto de lei contenha inconstitucionalidade. O papel do judiciário, enquanto o projeto está em fase de tramitação, seria meramente o de analisar se não houve afronta ao processo legislativo, ou seja, à questão da tramitação formal, não entrando, pois, no mérito.

Ainda quanto ao controle prévio, o ministro Teori Zavascki<sup>8</sup> citou jurisprudência adotada pela Corte, quando do julgamento da ADI 466/DF, a qual manifesta a impossibilidade do controle preventivo de constitucionalidade em abstrato, ou seja, de projetos ainda em tramitação. Segundo ele, esse tipo de intervenção não está assentado na Magna Carta e uma decisão nesse sentido poderia acabar universalizando esse controle não concedido, em desmazelo com o sistema preposto. Para ele, deve-se separar as fases de elaboração da lei e de aplicação da lei elaborada.

O ministro Joaquim Barbosa<sup>9</sup> completa ao afirmar que o controle de constitucionalidade prévio implica em exacerbada intervenção do Judiciário no Legislativo, inclusive em matéria de sua estrita competência. Ainda sobre o controle de constitucionalidade prévio, o ministro Luiz Fux<sup>10</sup> destacou que a Constituição só garante ao STF poder para verificar a constitucionalidade de

---

<sup>8</sup> Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241074>. Acesso em: 11 jun 2014.

<sup>9</sup> Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241706>. Acesso em 11 jun 2014.

<sup>10</sup> Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32033LF.pdf>. Acesso em 11 jun 2014.

projeto de lei sob o prisma formal, não o permitindo nos casos de violação de cláusulas pétreas (material).

Nesse sentido, para Zavascki, mesmo quando se reconhece a inconstitucionalidade material do projeto de lei, pela violação do direito das minorias, não se justificaria a abertura de precedentes com tão graves consequências para a relação institucional entre os poderes. Para a ministra Carmem Lúcia<sup>11</sup>, a Suprema Corte sequer deveria conhecer a ação, não chegando nem mesmo a avaliar os argumentos, uma vez que, no entendimento da ministra, inexistiu “exorbitância do poder legislativo” que justificasse o mandado de segurança.

Por sua vez, o ministro Marco Aurélio<sup>12</sup> contradisse a alegação do Ministro Gilmar Mendes de que a tramitação do projeto teria passado por cima do regimento interno da Casa no que concerne ao regime de urgência. Para ele, o projeto não desrespeitou as normas regimentais, descabendo, portanto, o controle judicial sobre matéria interna corporis. Isso porque, como alegou o Presidente da Câmara dos Deputados quando da sua prestação de informações ao processo, houve regular tramitação do projeto de lei, tendo sido observadas todas as regras constitucionais e regimentais, inclusive a adoção do regime de urgência. O requerimento de urgência foi aprovado pela maioria absoluta dos membros da Câmara, com 259 votos favoráveis. Esse notável número de votos dos parlamentares favoreceria, ainda, o argumento de legitimidade do ato legislativo.

Quanto ao artigo 60 § 4o da Constituição Federal, o ministro Ricardo Lewandowski<sup>13</sup> declarou que se proíbe a tramitação apenas de emendas à constituição que ferem as cláusulas pétreas, e não de projetos de lei. Combatendo a analogia empregada por Gilmar Mendes nesse ponto, Lewandowski afirma que só se proíbem emendas à constituição pelo seu caráter balizador da norma

---

<sup>11</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS32033CL.pdf>. Acesso em 11 jun 2014.

<sup>12</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32033mMA.pdf>. Acesso em 11 jun 2014.

<sup>13</sup> Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241099>. Acesso em 11 jun 2014.

primária. Enquanto isso, um projeto de lei continua sujeito àquela norma superior, não alterando as balizas constitucionais.

Outro ponto trazido aqui diz respeito à utilização incorreta do mandado de segurança. Segundo o presidente do Senado, houve inadequação da via eleita, uma vez que o Mandado de Segurança tem por objetivo único assegurar direito líquido e certo, não sendo compatível sua utilização para fins de declarar inconstitucionalidade de leis, ou para resolver conflitos de competência entre os poderes.

No que tange ao julgado da ADI 4.430/DF, quando a Corte estabeleceu as condições de pluralismo e de liberdade de criação e fusão de partidos, alegou-se que não se pode estender os seus fundamentos e efeitos vinculantes para o Poder Legislativo, consoante entendimento doutrinário. Ainda, de acordo com os artigos 28, § único, da Lei 9.868/99 e 102, § 2º, da Constituição Federal, o efeito das decisões acerca do controle de constitucionalidade abstrato só vincula os órgãos da Administração Pública e do Poder Judiciário.

O ministro Luiz Fux também vai nesse sentido, ao citar jurisprudências do plenário da Corte, bem como algumas decisões monocráticas, que destacam que as fundamentações e racionalidades empregadas pelo STF nas suas decisões não são transplantadas para o Poder Legislativo. Pelo contrário, é este quem detém a capacidade jurídica de correção das jurisprudências daquele. Fux considera que essa atitude do legislativo seria, inclusive, “politicamente recomendável”. Assim, vincular a decisão da ADI 4.430/DF para o caso vertente provocaria a extinção do debate parlamentar.

Ressalta ainda que a interpretação constitucional não é atividade monopolizada pelo STF, mas aberta a parlamentares, a membros do Poder Executivo e, inclusive, à sociedade civil. E o pensamento de que a importância de algum conteúdo disposto em PL (no caso, o pluralismo político) justificaria o controle prévio judicial de constitucionalidade, é equivocado. Não há valoração entre as matérias constitucionais, todas detêm o mesmo grau de importância e podem ser alvo de interpretação ampla.

Por fim, mas não menos importante, apontou-se o argumento de que a interrupção da tramitação de projeto de lei violaria a separação de poderes, ao impedir o pleno funcionamento do mais democrático deles. Isso porque restringiria



o livre debate republicano, transparente e participativo, a votação, e inibiria a atividade de determinação autônoma da pauta legislativa pelo próprio Congresso Nacional.

Nesse sentido, Zavascki salientou que uma intervenção prematura do Judiciário no Legislativo iria “subtrair dos outros poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que eles detêm de exercer o controle preventivo de legitimidade das normas”<sup>14</sup>. Para Carmem Lúcia, “discutir livremente um tema que é de sua competência não é nenhuma situação que traduza insegurança a ser restabelecida por uma ordem de segurança jurídica”<sup>15</sup>.

Assim, Fux conclui que é ilegítima e incompatível com a vontade do legislador ordinário a interpretação de que um controle prévio material de constitucionalidade de projetos de lei seria possível, mesmo quando atenta contra cláusulas pétreas. Alguns inconvenientes que esse controle poderia trazer são: o efeito deletério, pois todos os deputados contrários a determinada proposição recorreriam à Corte para obter a medida de segurança, aumentando-se o número de ações no Judiciário; e o desrespeito ao Poder Legislativo ao limitar o debate.

---

<sup>14</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241074>. Acesso em 11 jun 2014.

<sup>15</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241706>. Acesso em 11 jun 2014.

### 3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA

O objeto do presente trabalho é a análise da possibilidade de interferência antecipada do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, por meio do controle judicial de constitucionalidade prévio, tema que ensejou principal controvérsia entre os ministros. Nesse sentido, entre as discussões suscitadas no julgamento do MS 32.033/DF, percebe-se a separação entre os ideais de democracia e constitucionalismo. Nesse capítulo, portanto, examinar-se-á esses conceitos à luz do cenário institucional que fomentou o conflito entre os poderes Legislativo e Judiciário.

O exame de mérito do PL 4.470/2012, portanto, não será analisado.

#### 3.1 A Constituição de 1988 e o Controle Judicial de Constitucionalidade

A Constituição de 1988, inserida na 3ª onda constitucional do século, promoveu várias mudanças no cenário institucional brasileiro. Dentre suas peculiaridades, destaca-se, primeiramente, sua elaboração em Assembleia Constituinte, marcada por uma participação popular ímpar, dentro do contexto de rompimento com um passado autoritário. Além disso, ela é abrangente, incluindo assuntos nunca antes prescritos em texto normativo, bem como cláusulas pétreas: princípios nucleares, não passíveis de alteração por qualquer procedimento político futuro. O papel do STF, por sua vez, foi ampliado, de modo que a Corte passou a constituir a interseção entre os partidos políticos, os três poderes, e o texto constitucional.

Segundo Barroso<sup>16</sup>, foi a partir da reconstitucionalização do país que se verificou a ascensão do judiciário no cenário institucional brasileiro. Isso se deu em face da ampliação da demanda por justiça na sociedade, a partir da

---

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que Chegamos*, 2008. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte\\_e\\_um\\_anos\\_da\\_constituicao\\_brasileira\\_o\\_estado\\_a\\_que\\_chegamos\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf). Acesso em: 27 jun 2014.

conscientização popular sobre as possibilidades de proteção dos direitos individuais. Esse movimento, acompanhado da recuperação das garantias da magistratura e da supremacia e rigidez constitucional, fez com que o judiciário deixasse de ser visto como departamento meramente técnico, passando a ter papel mais proeminente no imaginário social. O controle judicial de constitucionalidade, criado na Primeira República, ganha força no novo cenário institucional. Mas sua função de garantir a harmonia entre o processo legislativo e as normas constitucionais tem sido objeto de controvérsia.

Conrado Hubner Mendes<sup>17</sup> aponta que a dinâmica nacional do controle de constitucionalidade acompanhou uma corrente de crescimento e disseminação dos tribunais constitucionais por vários continentes no final do século XX. Assim, quatro matrizes de controle de constitucionalidade se distinguem no mundo: 1) a matriz americana do modelo constitucional difuso, em que todo juiz pode decidir aplicar ou não uma lei, de acordo com sua ideia sobre a constitucionalidade dela; 2) a matriz austríaca de controle concentrado, onde apenas o Tribunal constitucional pode fazer esse controle abstrato das leis; 3) a matriz francesa que, com a Constituição da Quinta República, amparou um modelo de controle de constitucionalidade de competência do Conselho Constitucional não jurisdicional (faz uma avaliação da constitucionalidade de maneira preventiva, durante o processo legislativo); e 4) a matriz inglesa, que carece de uma Constituição escrita e, portanto, de um controle de constitucionalidade.

Portanto, parte-se de um ponto onde o controle é difundido por todo o judiciário, até o extremo oposto, onde o fenômeno não existe. O Brasil, de acordo com essa classificação, adotou um sistema de controle de constitucionalidade misto, isto é, agregou aspectos do modelo americano e do modelo austríaco, de modo que se exerce o controle de constitucionalidade tanto de maneira difusa quanto concentrada e por ambos os órgãos, jurisdicional e político. É a partir desse mecanismo que o STF exerce sua incumbência de defender a Constituição diante, inclusive, dos outros poderes.

---

<sup>17</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Nesse ponto, verifica-se que o controle de constitucionalidade pretende enquadrar à Constituição todos os procedimentos atuais de tomada de decisão, uma vez que ela emana do genuíno poder constituinte originário. Diante dessa constatação, surgem algumas indagações e possíveis respostas:

“(…)¿por qué o con qué legitimidad las generaciones pasadas pueden imponer sus decisiones sobre las futuras?, ¿qué justificación existe para que quienes hicieron una Constitución hace treinta o dos cientos años limiten o condicionen lo que los hombres de nuestro tiempo quieran acordar?, ¿no equivale esto a dar preferencia al mundo de los muertos sobre el de los vivos?; y más aún, prescindiendo de las generaciones que se suceden en el tiempo, ¿tiene algún sentido que nosotros mismos nos autoimpongamos obligaciones?, ¿qué alcance puede reconocerse a los compromisos que un sujeto, el poder constituyente, se hace ante sí mismo?. Lo cierto es que la preocupación que encierran estos interrogantes no es nueva, sino que fue sentida desde los albores del movimiento constitucional y revolucionario que dió vida al Estado liberal: ‘los derechos del Hombre - decía ya Paine - son los derechos de todas las generaciones de los hombres, y nadie puede monopolizarlos’”<sup>18</sup>.

Assim, verifica-se que a predominância da Constituição até mesmo diante do legislativo – poder majoritário e representativo, eleito democraticamente – é justificada pela proteção aos direitos fundamentais nela contidos, que são imutáveis por qualquer processo político derivado. Constata-se, portanto, um caráter de transcendentalismo presente no princípio da supremacia constitucional, limitando a atividade deliberativa. O poder de guardar a Magna Carta, garantindo sua proteção e cumprimento, é exercido de forma precípua pelo STF. De acordo com Hamilton, a Constituição

“(…)somente pode ser preservada por meio do Judiciário, cuja função deve ser a de declarar nulos todos os atos

---

<sup>18</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitución y Parlamento*, 2001. Disponível em: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1060345.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1060345.pdf). Acesso em 27 jun 2014.

contrários ao conteúdo manifesto da Constituição. Sem isso, todos os direitos e prerrogativas não significariam nada”<sup>19</sup>.

Desse modo, a Suprema Corte teria legitimidade para exercer a revisão judicial pois os juízes fariam respeitar a vontade do constituinte originário, que se sobrepõe a todas as outras. Segundo Hubner Mendes, Marshall, a partir dessas asserções, começou a onda de decisões contra os legisladores derivados, estreando a prática crescente de valorização do papel da Suprema Corte.

À vista disso, constata-se que a “Constituição expressa não apenas um ser, mas também um dever-ser e, para isso, é protegida por processos complexos de modificação”<sup>20</sup>. Daí infere-se que os princípios derivados da norma constitucional

“(...) devem ser aplicados de maneira a comprometer todas as demais espécies normativas, especialmente através da interpretação que fazem os órgãos públicos legais e o próprio povo. Entretanto, nada disso seria suficiente sem a contrapartida democrática, pois a democracia também exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário”<sup>21</sup>.

Desse modo, percebe-se que os ideais de democracia e de constitucionalismo caminham juntos na democracia constitucional, mas essa coexistência gera tensões, que são transplantadas para os poderes legislativo e judiciário. Esse conflito surge porque enquanto a democracia – e o legislativo, por

---

<sup>19</sup> HAMILTON, Alexander. The Federalist, no LXXVIII. Nova Iorque: Scribner, Armstrong, 1876. P. 541.

<sup>20</sup> NINO, Carlos Santiago *Apud* CHUEIRI, Vera Karamde; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, 6(1), PP. 159-174, jan-jun 2010. P. 166.

<sup>21</sup> CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, 6(1), PP. 159-174, jan-jun 2010. P. 166.

consequente – se baseiam na regra da maioria, o constitucionalismo, por outro lado, atesta a igualdade material de todos, que também garante à minoria a proteção dos seus direitos individuais. Consequentemente, nota-se a dubiedade entre as políticas majoritárias e os limites impostos pelo direito contramajoritário.

Menelick de Carvalho Neto confirma essa tensão entre os dois ideais, mas defende que essa dicotomia entre Constitucionalismo e Democracia é positiva. Segundo ele, é essa

“(...) tensão constitutiva, produtiva e rica que marca [...] a reconstrução e os limites recíprocos dos conceitos de democracia e de constitucionalismo hoje, de tal sorte que não haverá democracia se não houver limites constitucionais à vontade da maioria, e nem haverá constitucionalismo se a constituição não for democrática. Esse enfoque complexo que caracteriza o desafio de reconstrução da atual teoria da Constituição é, em última instância, a mesma lógica complexa de funcionamento dos princípios que, de uma forma ou de outra, para o bem e para o mal, mais do que influencia, determina e fundamenta, cada vez mais, a prestação jurisdicional<sup>22</sup>.

Ainda sobre isso, Michel Rosenfeld prega que, de

“(...) fato, há uma tensão importante entre constitucionalismo e democracia. Não é óbvio que os dois devam caminhar juntos. (...) democracia é (...) um sistema político em que as decisões que são contestadas resultam do voto da maioria. Dessa forma, constitucionalismo e democracia estão em lados opostos. Numa democracia, os direitos constitucionais vão diretamente contra a vontade democrática. A liberdade de pensamento ou de expressão, e aqui pode-se comparar uma monarquia a uma democracia, realmente significa proteger os pontos de vista com os quais a maioria não está de acordo, porque os pontos de vista com os quais a maioria concorda não precisam de proteção constitucional. A maioria tomará conta de si mesma, por meio do processo legislativo e do devido governo. Parenteticamente, estou assumindo que nós temos uma democracia em funcionamento. Muitas

---

<sup>22</sup> NETTO, Menelick de Carvalho. Entrevista com Menelick de Carvalho Neto. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 4, 2007.

coisas que são chamadas de democracias não são realmente democracias que funcionam, e as maiorias de fato não têm o poder. No entanto, nas democracias que funcionam, os direitos constitucionais deveriam ser, em certa medida, antidemocráticos<sup>23</sup>.

Para Vital Moreira, há um ponto ótimo de onde o Constitucionalismo não pode ultrapassar, de maneira a preservar a democracia. De acordo com ele, a Constituição é inerentemente um limite à soberania popular da maioria. Assim, “quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático”<sup>24</sup>.

Do exposto, conclui-se que a Constituição de 1988, ao tornar mais complexo o contexto econômico, social e institucional, fomentou o incremento do papel do judiciário na vida política. Esse poder, isento de cobranças partidárias ou representativas, estaria em posição ideal para a tomada de decisões imparciais e desimpedidas, visando o bem geral. Diante do cenário brevemente apresentado e do embate entre os princípios da democracia e da supremacia da Constituição, portanto, indaga-se sobre a legitimidade do mecanismo de controle judicial de constitucionalidade e sobre o seu caráter democrático.

### 3.2 O (Des)equilíbrio entre Legislativo e Judiciário

Conrado Hubner Mendes constata que o controle judicial de constitucionalidade, de fato, constitui uma poderosa ferramenta para se garantir os direitos fundamentais inerentes a qualquer democracia. O judiciário detém mecanismos de contenção dos poderes majoritários e de suas decisões, mas indaga-se aqui se a proteção aos direitos deve advir, única e exclusivamente de soluções institucionais contramajoritárias.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por meio do controle judicial de

---

<sup>23</sup> ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito*. Trad. Fernando Gomes. Cad. Esc. Legis. Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 11-63, jan./jun, 2004. PP. 12-13.

<sup>24</sup> MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia*. Em: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. P. 272.

constitucionalidade, o Poder Judiciário ganhou papel relevante no processo de tomada de decisões. Isso teria se dado, segundo ele, na medida em que se duvidou da tarefa do legislador. De acordo com o autor, a

“(...)crise da lei vem ligada à “falência” dos Parlamentos como legisladores. É notório que os Parlamentos não dão conta das necessidades legislativas dos Estados contemporâneos; não conseguem, a tempo e a hora, gerar as que leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam. As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos”<sup>25</sup>.

Nesse sentido, Jeremy Waldron<sup>26</sup> expõe que, ao recorrer-se ao Judiciário para exercer esse controle, retira-se a responsabilidade do Poder Legislativo, ficando este isento de imputações por seus atos, o que é um retrocesso. Ainda, defende que assim como o legislador pode nem sempre tomar a decisão correta e que mais reflete a vontade do povo, também não há garantia de que a decisão dos juízes seguirá esse preceito. Para ele, ambos estão igualmente sujeitos ao erro e, por isso, o Judiciário, apesar de preocupar-se com os direitos individuais, não é necessariamente o mais representativo das diversas vozes que podem emergir na sociedade sobre a interpretação de determinado princípio.

Hubner Mendes corrobora com essa assertiva ao defender que não se pode considerar que o Judiciário seja a única fonte de justiça. Essa visão, para ele, além de empobrecer a democracia, parte do princípio de que o Tribunal está sempre correto quando se sobrepõe aos outros poderes. Portanto, as decisões e argumentos constitucionais não devem ser monopolizados pelos agentes do Judiciário e pelos práticos do Direito, mas devem estar presentes em qualquer debate público, não se resumindo à jurisprudência e às opiniões dos juízes dos tribunais. Por meio dessa noção, permite-se que as decisões legislativas sejam

---

<sup>25</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 37.

<sup>26</sup> WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



investigadas e, em caso de inobservância dos princípios constitucionais, responsabilizar-se-ia o Parlamento.

Desse modo, Conrado Hubner Mendes defende a ideia de que o constitucionalismo vai além da esfera do Poder Judiciário. Esse poder, segundo o autor, não deve concentrar a capacidade de proteção dos cidadãos diante das omissões e arbitrariedades do Estado, mas deve contribuir para a garantia de que as decisões dos poderes políticos majoritários estejam de acordo com as normas e princípios da constituição. Assim, questiona sobre a configuração institucional gerada pelo mecanismo de controle judicial de constitucionalidade que faz com que o STF emita, em último grau, a palavra final sobre as controvérsias de um caso prático.

Para entender essa estrutura institucional, aceita-se que a ciência do Direito veio estabelecer critérios, métodos e padrões de hermenêutica para que os juízes exerçam suas funções interpretativas de maneira objetiva e controlada. Dworkin mostrou de maneira consistente que os modelos técnicos de hermenêutica constitucional limitam a capacidade de ação e de decisão dos juízes, diminuindo a liberdade de definir o significado de normas abstratas. Para Oscar Vilhena Vieira<sup>27</sup>, essa metodologia de interpretação garante mais objetividade e evita idiosincrasias particulares dos juízes, o que justificaria, portanto, o poder de controle de constitucionalidade do Judiciário.

A tentativa de domar os pareceres e resoluções a partir de critérios racionais e ordenados, para Hubner Mendes, de fato reduziria as chances de arbítrio do Judiciário. Porém, contrariando Vieira, o autor acredita que a metodologia hermenêutica não é suficiente para assegurar a qualidade das decisões judiciais. Isso porque, segundo ele, o trabalho dos juízes envolve constantemente a tomada de decisões sobre questões subjetivas e valorativas, e as cláusulas pétreas, determinadas em texto aberto, acabam sendo permeáveis aos valores morais abstratos de quem as interpreta.

Ainda, constata-se que devido ao caráter abrangente e abstrato da Constituição, é muito difícil que as reformas propostas pelo Legislativo não tenham relação com alguma norma constitucional. Nesse sentido, segundo Hubner

---

<sup>27</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC Publicações, 1997. p. 53-97.

Mendes, qualquer dessas reformas “(...) reconfigura, pelo menos, uma dessas três disposições: a forma federativa de Estado; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais”<sup>28</sup>. O autor verifica, ainda, que se pode

“conservar um mesmo texto constitucional por inúmeras gerações, desde que ele consiga expressar, em linguagem abstrata, o conjunto dos valores pelos quais a respectiva comunidade política ambiciona ser regida, uma síntese de sua identidade moral. Mas seu significado sofre as transformações do tempo”<sup>29</sup>.

Verificado que o caráter abstrato da Constituição induz à valoração dos intérpretes, Hubner Mendes passa a analisar outro ponto: a possibilidade de as regras e limites de interpretação não serem devidamente seguidos pelos juízes. Se porventura o STF produzir uma decisão contrária à moral e às regras hermenêuticas, por exemplo, a Constituição não abre a possibilidade de essa decisão ser desobedecida ou recorrida a nova instância.

Waldron também afirma que “não há procedimento intelectual que dissolva o desacordo a respeito do sentido concreto dessas cláusulas abstratas, por mais bem-intencionados, inteligentes e engajados que sejam os intérpretes”<sup>30</sup>. Portanto, assumindo que não há uma decisão única e correta, e que não há processo interpretativo rígido de tal forma a vincular todos os agentes que exercem a hermenêutica, pergunta-se porque o poder de dar sentido concreto a essas cláusulas foi dado ao Judiciário e não ao Legislativo.

Vieira, consoante com Rawls e Dworkin, responde essa indagação ao afirmar que a Corte é a trincheira onde coordena-se e desenvolve-se uma razão pública. Por isso, as decisões por ela tomadas seriam revestidas de legitimidade. Ainda, prega que para que haja consistência das decisões judiciais quanto às normas superconstitucionais, não poderia contar com o direito natural nem com o positivismo jurídico. O primeiro, pois constata que não há mais plausibilidade em

<sup>28</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 147.

<sup>29</sup> *Idem*. PP. 143-144

<sup>30</sup> WALDRON, Jeremy. *Apud* MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 155

se admitir qualquer pretensão racional universal e atemporal. O segundo, pois as cláusulas pétreas necessitariam de uma justificativa além da pura positivação, algo que envolva racionalidade material.

Nesse sentido, Vieira aponta a falta de qualificação da democracia e justifica que as decisões do Judiciário seriam mais corretas, quando comparadas às do Legislativo, pelo fato de os ministros embasarem e fundamentarem suas opiniões do ponto de vista argumentativo, o que inexistiria no Legislativo. Isso faz com que a argumentação decisória do Judiciário seja mais propícia para decidir questões de princípios. Assim, enquanto o legislador politizaria direitos, submetendo-lhes à troca, à barganha, e ao interesse partidário, o juiz exerceria sua atividade às margens do princípio e do argumento racional.

Hubner Mendes, ao contrário, constata que se

“há absoluto desacordo sobre o significado concreto das cláusulas abstratas da Constituição, parece razoável que o cidadão, na voz de seu representante, possa defini-lo. Juízes, por algum procedimento esotérico da razão, não chegarão a uma decisão mais bem fundamentada. Impossível comprovar que o juiz seja capaz de formular um argumento moral melhor do que o legislador, ou que o procedimento puramente majoritário é mais suscetível de violar direitos do que aquele que se submete à revisão judicial”<sup>31</sup>.

Assim, o autor argumenta que não há indícios, nem empíricos nem normativos, de que os legisladores tenham menor ou maior capacidade do que os juízes para conferir conteúdo concreto e eficaz à Constituição. Além disso, o Judiciário, apesar de ser a instância última de recorribilidade por parte do cidadão diante do legislador, não é revestido de mecanismos de *accountability*, e depende unicamente de seu convencimento particular, não se sujeitando ao controle eleitoral. Ainda, Conrado Hubner Mendes acredita que o pensamento de que os juízes estariam num ambiente favorável à imparcialidade das decisões, desprovidos de interesses particulares, reflete uma imagem idealizada. Segundo

---

<sup>31</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 159.

ele, no que concerne às questões constitucionais abstratas, juízes e legisladores estariam em situações bem parecidas.

Portanto, a revogação pelo STF da vontade do legislador, tanto no que tange às leis ordinárias quanto às emendas à Constituição, seria antidemocrática. Isso porque, para Hubner Mendes, assim como o juiz tem um compromisso com a razão, o legislador também poderia apresentar argumentos consistentes, se isso dele fosse exigido pelos eleitores. Essa ideia de passar a competência ao legislador, segundo ele, visa ao aperfeiçoamento do processo Legislativo, e não a sua limitação. Ainda, de acordo com o jurista Peter Habermas<sup>32</sup>, a interpretação da Constituição não é monopolizada pelo Poder Judiciário, estando a sociedade e as instituições majoritárias também abertas à exegese.

Waldron<sup>33</sup> também prega que a imagem que se deve ter do processo Legislativo é a de uma atividade inclusiva e de respeito dos representantes para com os representados, em que se envolva as diversas opiniões presentes na sociedade. O autor defende que se tenha uma visão otimista do Legislativo, poder que tem legitimidade representativa e democrática e que detém os mecanismos para manobrar as divergências inerentes a uma sociedade plural. Somente por meio dessa visão, segundo o autor, é que os representados poderão fiscalizar o Legislativo através dos instrumentos disponíveis à prestação de contas.

Hubner Mendes constata, no entanto, que uma cultura de direitos individuais se firma no Brasil, havendo maior respeito da sociedade quanto às decisões judiciais, o que demonstra um “servilismo” ao STF. Para ele, há a “(...) impressão de que o controle de constitucionalidade já fixou seus alicerces, já conquistou o respeito institucional”<sup>34</sup>. No Brasil, diante da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de emendas à Constituição, segundo o autor, não há canais para novas manifestações, encerrando a discussão de maneira definitiva, pelo menos até a renovação do Tribunal. Assim, para evitar o recurso ao STF, o autor propõe que o Poder Legislativo exerça um autocontrole, o que demandaria mais maturidade política do parlamento e do povo.

---

<sup>32</sup> HABERMAS, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta aos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

<sup>33</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Uk Print, 1999.

<sup>34</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 145

Porém, o autor reconhece que não se pode abandonar totalmente o sistema de controle judicial de constitucionalidade em face da crise da democracia representativa. Contudo, na opinião do autor, algumas mudanças, inclusive no procedimento de emenda à Constituição, que é pouco rígido, devem ser postas em prática.

Conrado Hubner Mendes alerta, ainda, que há oposição entre direitos e democracia procedimental e não entre justiça e política, que não são excludentes. O autor discorda da alegação de Rui Barbosa de que ao STF caberia o direito de errar por último. Apesar de admitir que a Constituição de 1988 garante de fato esse poder ao Judiciário, Mendes questiona quem, à luz da melhor teoria democrática, deveria possuí-lo. Para Gargarella, nesse sentido, “en caso de una grave tensión entre los poderes, es el poder que cuenta con mayor legitimidad democrática – y no el que cuenta con menos – el que termina prevaleciendo”<sup>35</sup>.

Para John Hart Ely<sup>36</sup>, a tomada de decisões pela sociedade é uma condição intrínseca à democracia e, por isso, o caráter majoritário deve estar presente nas decisões substanciais. Assim, o autor propõe uma alternativa intermediária às correntes pró e contra o ativismo judicial<sup>37</sup>. Para ele, a Corte Constitucional, com seu aspecto contramajoritário, deveria limitar-se a um controle procedimental da tomada de decisões, garantindo a qualificação dos procedimentos adotados pelo Parlamento e sem, portanto, impor suas opiniões interpretativas às cláusulas abertas da Constituição. A partir desse método, o Judiciário estaria contido a agir somente dentro das falhas do mercado político, aprimorando-se o procedimento de tomada de decisões democráticas pelos poderes majoritários.

Portanto, ao exercer o controle de constitucionalidade nesses moldes, a jurisdição Constitucional não estaria indo de encontro aos princípios democráticos, mas, pelo contrário, estaria corroborando com eles ao garantir igualdade e

---

<sup>35</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 3). P. 196.

<sup>36</sup> ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

<sup>37</sup> Para Ely, a corrente pró ativismo judicial defende uma atividade criativa de interpretação da Constituição pelo Poder Judiciário, ampliando-se o texto normativo. O juiz Earl Warren seria o maior representante dessa tendência.

inclusão. Assim, Conrado Hubner Mendes resume a opinião de Ely, de acordo com a qual a

“(...) corte deve fiscalizar a participação e combater eventuais discriminações. O fato de não ser eleita facilitaria essa atividade. Deve ser protetora de direitos civis e políticos inerentes à competição, ao funcionamento e à manutenção dos processos decisórios: liberdade de expressão, de reunião, de associação partidária, o direito de voto. Monitora a equidade procedimental. Preocupa-se em dar voz a setores marginalizados da sociedade.

A corte, nessa corrente, não pode imiscuir-se nas escolhas democráticas, nas grandes decisões do “povo”. Precisa somente garantir que o jogo de interesses seja disputado sob bases igualitárias. Extrapolar essa função e adentrar no domínio dos juízos morais substantivos da democracia equivaleria a um “regime de guardiões”, por meio do qual o “povo” é privado de governar a si mesmo e se infantiliza ao ter que se subordinar a uma elite que, supostamente, teria mais capacidade para fazer as escolhas por ele<sup>38</sup>.

Conclui-se que o Poder Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, de fato poderia colocar em risco a vontade da maioria ao tomar decisões contramajoritárias sem a necessidade de prestar contas à sociedade. Contudo, para assumir que isso ocorra, deve-se ter a certeza de que o Legislativo é o mais representativo da vontade popular entre os poderes, o que, diante da crise da democracia representativa, não é tão evidente.

Vale ressaltar, ainda, que o fato de o Judiciário vir expandindo suas funções, ganhando papel proeminente no cenário político, não é, necessariamente, motivado por uma vontade dele próprio de prevalecer perante os demais poderes. Pelo contrário, ele é provocado pela sociedade que demanda, cada vez mais, uma postura ativa desse poder. Ainda, verifica-se que o princípio da separação entre os poderes hodiernamente assume um caráter de complementação e de limitação entre eles, de modo que o surgimento de novas estruturas institucionais é uma consequência natural do sistema de *checks and balances*.

---

<sup>38</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 71-72.

Com base nessas discussões analisaremos, a seguir, o caso concreto ensejado pelo MS 32.033/DF, procurando examinar os movimentos e as reações dos poderes Judiciário e Legislativo.

## 4 O MANDADO DE SEGURANÇA 32.033/DF E A NECESSIDADE DE UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL

### 4.1 O Mandado de Segurança 32.033/DF Aplicado às Discussões

Analizando o MS 32.033/DF à luz das discussões expostas no tópico anterior, verifica-se uma situação incomum que fugiu à regra observada por Hubner Mendes quanto à inexistência de canais para novas manifestações do Poder Legislativo após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Isso porque se constata que, após o julgamento da ADI 4.430/DF, a Câmara dos Deputados, descontente, reagiu à decisão do Supremo, elaborando o PL 4.470/2012 em sentido adverso ao da decisão prolatada.

Assim, verifica-se que a ADI não encerrou em definitivo a questão suscitada pelo Parlamento, mas ensejou um novo diálogo institucional sobre o assunto. Isso porque, como apontou o ministro Ricardo Lewandowski em seu voto, a decisão de inconstitucionalidade pelo STF não tem o poder de vincular a futura atividade legislativa, deixando a matéria ainda passível de ser trabalhada pelo parlamento. E não é a primeira vez que isso acontece no cenário brasileiro. Verifica-se que, principalmente quanto a questões políticas e eleitorais, ou seja, questões que interessam diretamente aos parlamentares, o Legislativo vem utilizando esse recurso<sup>39</sup>.

A atitude do parlamento em retomar a discussão sobre questões declaradas inconstitucionais pelo STF, embora tenha ensejado a interposição do Mandado de Segurança e o consequente retorno da matéria à seara do Judiciário, fomentou novo diálogo institucional sobre o assunto. E, enfim, diante do MS 32.033/DF, o pleno do STF decidiu pela não intervenção prévia no processo

---

<sup>39</sup> Esse recurso já foi utilizado em assuntos como a definição do número de vereadores e a verticalização das coligações partidárias. A propósito, ver ARABI, Abhner Youssif Mota. A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal, 2013. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2013.



legislativo, deixando o Parlamento livre ao debate do projeto, que se transformou na Lei nº 12.875/13.

Porém, verifica-se que o STF ainda pode, em controle de constitucionalidade posterior, rescindir a referida Lei. Sendo assim, constata-se que, apesar de o controle de constitucionalidade prévio não ter sido deferido pelo pleno da Corte Constitucional, ainda cabe o controle posterior. O partido Solidariedade, nessa fase, inclusive, propôs a ADI nº 5.105/DF que está em análise pela Corte. Ainda verifica-se que, caso haja esse controle posterior, caberá atividade legislativa futura e assim por diante. Portanto, pode haver uma sucessão infinita de reações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, consistindo em um círculo vicioso.

Nesse processo incessante, constata-se que, de fato, o STF consegue tolher a eficácia desde logo de uma possível lei com conteúdo inconstitucional, o que acaba por gerar a preponderância do STF sobre o Legislativo, tão criticada por Conrado Hubner Mendes. Porém, essa dualidade passível de ser gerada entre os dois poderes tem a vantagem de fomentar as discussões sobre o tema e de dar publicidade ao assunto.

Do exposto, um fato curioso se sobressai quando verifica-se que a atitude do Legislativo em ir contra a decisão do Supremo ocorre principalmente em casos em que aquele Poder tem interesse direto no assunto. Em relação ao PL 4.470/2012 constata-se o nítido interesse da maioria parlamentar em aprovar o projeto e, nesse caso, principalmente, verifica-se que o controle de constitucionalidade posterior exercido pelo STF desempenha papel fundamental na garantia dos direitos individuais contramajoritários, assegurados na Constituição. Assim, um controle de constitucionalidade exercido pelo próprio parlamento, como sugerido por Mendes, colocaria em risco os direitos da minoria parlamentar.

Por fim, verifica-se que o controle de constitucionalidade de competência do Judiciário que incide sobre a norma pronta (*a posteriori*), no modelo brasileiro, apesar de forte, não encerra o debate, mas contribui para o diálogo institucional. Isso porque dispõe de uma configuração onde é possível que haja o sobrepujamento de uma interpretação judicial pelo parlamento, por meio da atividade legislativa posterior. O controle de constitucionalidade preventivo (*a*

*priori*) material de projeto de lei, por sua vez, é condenável. Assim como decidido pelo STF, esse controle iria contra o regime democrático e a separação de poderes. Portanto, deixa-se a cargo do Poder Legislativo, por meio das Comissões de Constituição e Justiça, e do Poder Executivo, por meio do veto, a competência para intervir nessa fase.

Sobre esse ponto, o Ministro Fux alega que

“inexiste precedente na Corte autorizando, de forma expressa e categórica, o controle preventivo de constitucionalidade de projeto de lei por vício material, ainda que supostamente tendente a abolir cláusula pétrea”<sup>40</sup>.

Diante dessa assertiva, verifica-se que não há por parte da Corte vontade de se sobrepor ao Parlamento, encerrando de forma arbitrária o debate democrático. Pelo contrário, ela vem se manifestando no sentido de negar intervenção na fase preventiva sobre questão material, em respeito ao Legislativo. Sobre essa intervenção *a priori*, Fux declara, ainda, que “é *incompatível*, sob o ponto de vista *descritivo*, com o desenho institucional do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, como também *não é recomendável*, sob o enfoque *prescritivo*”<sup>41</sup>.

Contudo, nos casos onde se verifica ofensa ao devido processo legislativo, o controle de constitucionalidade prévio exercido pelo STF é aceito por se tratar de vício formal, ou seja, de violação procedimental a uma garantia constitucional inafastável.

“Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-as taxativamente. A

---

<sup>40</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32033LF.pdf>. Acesso em 27 jun 2014. PP. 9-10

<sup>41</sup> *Idem*. P. 10.

inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto de lei ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição”<sup>42</sup>.

Conclui-se, do exposto, que o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal Constitucional é essencial para garantir o respeito aos direitos fundamentais, principalmente dentro do contexto hodierno de crise da democracia representativa, em que a sociedade se afasta do Parlamento e se aproxima do Judiciário. Contudo, o controle prévio de aspecto material feito pelo STF sobre a atividade legislativa, impedindo o debate no parlamento, é repudiável, inclusive para a própria Corte, que utilizou, no caso em questão, o *judicial self-restraint*. Esse mecanismo consiste “(...) numa autolimitação dos tribunais ou do tribunal de constitucionalidade, não ajuizando aí onde considere que as opções políticas do legislador devem prevalecer ou ser insindicáveis”<sup>43</sup>.

Verifica-se, por fim, que o *judicial self-restraint* é apenas uma das possíveis ferramentas que podem contribuir para fomentar o diálogo entre as instituições. Por meio desse mecanismo utilizado pelo STF e da possibilidade de legislação futura pelo parlamento, diante de uma decisão de inconstitucionalidade de lei pelo Pretório Excelso, é possível que o Poder Legislativo se sobreponha ao Poder Judiciário conferindo, assim, o caráter majoritário à decisão.

A seguir, alguns outros mecanismos que favorecem a interação entre os poderes serão abordados a fim de sugerir possíveis soluções para a tensão entre os poderes Legislativo e Judiciário.

---

<sup>42</sup> Acórdão do redator Ministro Moreira Alves sobre julgamento do MS 20.257/DF, Rel. Min. Décio Miranda, Plenário, DJ 27.02.1981. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32033LF.pdf>. Acesso em 27 jun 2014. P. 8.

<sup>43</sup> MIRANDA, Jorge. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: repercussões na atividade econômica*, 2000. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/04%20-gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>. Acesso em 11 jun 2014.

## 4.2 Mecanismos de Diálogo Institucional

Segundo Nobre e Rodriguez, a atuação proeminente do Judiciário, que vem ganhando força hodiernamente, não consegue conviver com a visão normativista do direito, pois esta não alcança a autonomia natural que o direito almeja obter e, portanto, desconsidera as novas transformações a que ele está sujeito. Assim, evidencia-se uma tendência jurídica de expansão das fronteiras normativas para englobar novas alternativas institucionais, permeáveis a grupos e ideias contemporâneas.

De acordo com os autores, a teoria de Montesquieu, evidenciada em “O Espírito das Leis”, teve como principal objetivo a constatação de que é necessário que haja poderes e contrapoderes para que se possa formar uma estrutura sistêmica e equilibrada, evitando a formação de poderes absolutos e sem controle. O sistema de freios e contrapesos corroboraria com essa flexibilidade ao concatenar as diversas instituições, limitando-as e evitando o arbítrio de um dos poderes. Nesse sentido, Nobre e Rodriguez defendem que os conceitos de judicialização da política e de ativismo judicial surgem do errôneo entendimento de que, dentro da separação de poderes, o Poder Legislativo deveria concentrar todo o âmbito político, configurando como seu único ativista.

Assim, os autores constataam que, a partir do final do século XX, o modelo de separação de poderes vem se flexibilizando, havendo um movimento em direção a um maior pluralismo dentro do código de direito, o que reforça a noção de esfera pública e de um processo de tomada de decisões mais complexo e com grande potencial transformador. Franz Neumann<sup>44</sup>, nesse sentido, preconiza a ideia de que a rigidez na estrutura de separação de poderes configura um obstáculo às transformações da sociedade, pois ao enquadrar os conflitos sociais em um sistema congelado imutável, dificultam-se os avanços progressistas.

---

<sup>44</sup> NEUMANN, Franz. *Apud* NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativista*, 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002011000300001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001). Acesso em 10 abr 2014.

Tendo em vista esse cenário institucional e a tensão entre os poderes Legislativo e Judiciário percebe-se que além do *judicial self-restraint* e da possibilidade de atividade legislativa posterior à declaração de inconstitucionalidade, alguns outros recursos podem contribuir para o diálogo entre os poderes, aprimorando a tomada de decisões e tornando o procedimento mais qualitativo, justo e democrático. Aqui, este trabalho se volta a uma perspectiva mais informal e de caráter sugestivo, com a intenção apenas de expor possíveis soluções para o dilema institucional sem adentrar nas nuances e polêmicas que as envolvem.

Uma primeira questão que surge quando se constata o crescente papel do Judiciário é a necessidade imediata de abrir o STF à sociedade por meio de audiências públicas e de publicidade às decisões jurisdicionais em linguagem menos técnica e mais acessível ao cidadão comum. Essa medida, que vem sendo posta em prática nos últimos anos, visa adequar o STF a seu novo papel de canalizador de demandas sociais. Gargarella, nesse sentido, constata que, na atualidade, já não se tem mais a mesma convicção dos primeiros anos de Constitucionalismo de que a tarefa do Judiciário concentra-se primordialmente na proteção às minorias. Assim, o autor propõe algumas reformas institucionais para fomentar essa reaproximação.

“De todos modos, en mi opinión, se puede pensar en soluciones alternativas que tanto sean capaces de mejorar la actual situación de la justicia, en cuanto a la protección de las minorías, como de resistir posibles críticas respecto de su modo de hacerlo. Por ejemplo, y como un simple ejercicio de imaginación, podría pensarse en la siguiente posibilidad: al presentar-se un caso en el que se encuentren implicados derechos de las minorías, la justicia podría (por propia iniciativa, o a petición de los interesados) trasladar el estudio de la mencionada situación a un cuerpo especialmente orientado a la protección de los derechos de las minorías. Dicho cuerpo podría requerir y recibir informes de diversas entidades o personas representativas del grupo en cuestión, y elevar a la justicia su dictamen al respecto (de hecho, de un modo más informal, existen ya algunas prácticas orientadas, al menos, en la misma dirección, como la de los *amicus curiae* en Estados Unidos [...]). Esta alternativa, aquí solo bosquejada, evitaría la poco plausible propuesta de «incorporar» efectivamente a la justicia a

miembros de las minorías, daría respuesta a la especial preocupación que las sociedades modernas tienen (o debieran tener) respecto de los problemas de las minorías, y nutriría de mayor realismo las concepciones bien intencionadas, como la de Ely, que necesitan apelar, en la práctica, a la buena voluntad de los jueces de turno”<sup>45</sup>.

O mecanismo de *amicus curiae*, citado pelo autor, já existe no Brasil e foi inclusive utilizado durante o processo do MS 32.033/DF.

Uma outra sugestão de Gargarella visando a melhoria do procedimento de tomada de decisões e do diálogo entre os poderes Legislativo e Judiciário no que tange ao controle de constitucionalidade é a utilização do “reenvio legislativo”. Esse mecanismo pretende tirar do Judiciário o poder de dar a última palavra sobre questões constitucionais, concedendo-o ao Legislativo. A medida, já utilizada no Canadá, garante a preponderância da opinião majoritária aos conflitos de interpretação Constitucional.

El reenvío se presenta como un mecanismo institucional, en principio, idóneo, para satisfacer muchas de las finalidades defendidas en este trabajo: la promoción del «diálogo» institucional, la protección ante una general falibilidad en la toma de decisiones imparciales; la defensa del principio mayoritario, y la disminución de la actual rigidez del sistema institucional<sup>46</sup>

Aquí, la decisión judicial no tiene el carácter real ni aparente de «decisión última». Además, en este caso, el poder judicial se encarga directamente de instar al Legislativo a que vuelva a reflexionar sobre su decisión, y si así fuera, los legisladores entonces se verían incentivados a reagruparse y repensar dicha medida. Hoy, en cambio, los jueces no encuentran mayores incentivos para entablar un «diálogo» con los legisladores<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 3). PP. 204-205.

<sup>46</sup> *Idem*. P. 196.

<sup>47</sup> *Idem*. P. 196.

Ainda, para Gargarella, de acordo com uma perspectiva do radicalismo não populista, faz-se necessário desenhar uma estratégia capaz de apelar às maiorias de forma crítica e não dogmática.

“En este sentido, por ejemplo, podría ser saludable contar con un organismo distinto del Legislativo, encargado del control de las leyes, compuesto —tal vez— por personas especialmente formadas y dotado de funciones como las siguientes: señalar a los legisladores los errores que han cometido en el dictado de la ley, marcar los límites que no pueden atravesar, o reprocharles la utilización de ciertas razones en la justificación de la ley. De este modo, el poder de control estaría orientado a llamar la atención —tanto de los legisladores como de la ciudadanía— respecto de normas todavía imperfectas. La estrategia radical, en este sentido, procuraría establecer un mecanismo «flexible» —que bien puede incluir instrumentos como el de «reenvío»— a fin de procurar una paulatina mejoría de la producción legislativa y promover un valioso «diálogo institucional»<sup>48</sup>.

Apesar dos aspectos positivos do reenvio, o autor reconhece que esse mecanismo tem um grande defeito: o de presumir a infalibilidade dos órgãos majoritários. Nesse sentido, a ausência de uma reforma política poderia anular toda a intenção inicialmente exposta de alterar os pólos da revisão judicial. Isso porque

(...) las reformas institucionales hasta aquí sugeridas reforzarían, de algún modo, el poder del Legislativo y del Ejecutivo. Pero aunque este fuera realmente uno de los principales resultados de las reformas propuestas, muchos podrán decirnos, razonablemente, que «el remedio aconsejado es peor que la enfermedad». Esta queja es razonable, en efecto, si tenemos en cuenta el modo como los poderes políticos acostumbran a actuar, en muchas de las democracias que conocemos. Así —y sin pretender decir, en absoluto, que esto sea lo que ocurre en todos los casos—, alguien podría sensatamente afirmar que en muchas ocasiones los dirigentes políticos se desentienden de las demandas de sus representados, actúan de modo meramente autointeresado, engañan a sus electores, toman

---

<sup>48</sup> *Idem*. P. 194

decisiones motivadas únicamente por las presiones de intereses privados, etc. Y si este escenario es, en parte, descriptivo de la situación existente en muchas democracias contemporáneas, luego, las reformas judiciales aquí propuestas solo comportarían unos pocos beneficios a cambio de costos nuevos y crecientes. Y lo que es peor: la propia reforma, llevada adelante en nombre de una democracia mejor, podría resultar deslegitimada, y sus (valiosas) aspiraciones quedarían descartadas por el momento y en el futuro, y entonces, los ciudadanos no tendrían razón alguna para sentirse más dueños de su propio destino, al tiempo que se perderían algunas de las garantías que el poder judicial (unas veces por puro azar, y otras por el buen tino de alguno de sus miembros) actualmente ofrece<sup>49</sup>.

Assim, constata-se que qualquer reforma no Poder Judiciário que altere a atual disposição do mecanismo de controle de constitucionalidade requer uma adequada reforma política que a acompanhe. Se, por um lado, os princípios que regem o Estado Democrático de Direito e que garantem ao Judiciário o poder de interpretação da Constituição não podem sufocar o Legislativo, por outro, este poder somente deveria participar mais ativamente desse processo na medida em que se tornasse mais representativo dos interesses da sociedade.

A partir de tais avanços, poder-se-ia fomentar o diálogo institucional, permitindo que as instituições avançassem em direção a um procedimento de tomada de decisões mais qualificado.

---

<sup>49</sup> *Idem*. PP. 205-206.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tensão entre os poderes é própria dos regimes democráticos, especialmente nos dias atuais, em que a sociedade adquiriu características mais complexas e o Estado teve de assumir novas responsabilidades, principalmente no campo dos direitos sociais. Nesse contexto, a teoria da separação dos poderes, formatada por Montesquieu, precisa adaptar-se às democracias modernas, de forma a permitir maior flexibilidade na interação entre Executivo, Legislativo e Judiciário, com sobreposição das tarefas exercidas por cada um deles.

Um dos aspectos mais controversos do relacionamento entre Legislativo e Judiciário diz respeito ao controle da constitucionalidade, objeto central deste trabalho. Enquanto uma corrente defende maior ativismo por parte do Judiciário, por considerar que esse poder tem preparo técnico e imparcialidade para realizar esse controle, resguardando o direito das minorias, outros estudiosos defendem menos interferência do STF e mais liberdade ao Legislativo, sendo que há quem proponha que a palavra final seja deste poder, o qual, pelo menos em tese, representa a vontade majoritária da população.

No Brasil, as recentes decisões acerca da chamada portabilidade do fundo partidário e do tempo de propaganda política no rádio e na televisão evidenciam a tensão entre os dois poderes e a tênue fronteira entre Direito e Política no que tange ao controle de constitucionalidade. Em 2012, o STF deu provimento parcial à ADI 4.430/DF, assegurando aos partidos criados após as eleições para a Câmara dos Deputados o direito ao acesso proporcional do fundo de propaganda eleitoral, de acordo com a representação dos deputados federais migrantes. O poder Legislativo, descontente, reagiu a essa decisão, elaborando o PL 4.470/2012, que foi objeto do MS 32.033/DF. Nessa análise, de volta ao Judiciário, a Corte optou pela não intervenção prévia no Poder Legislativo, deixando o parlamento livre ao debate e discussão do projeto, que se transformou na Lei nº 12.875/13.

Como foi colocado, a maioria dos ministros foi contra o controle judicial material prévio de constitucionalidade, por este tolher o livre debate no

Parlamento. Essa atitude de autocontenção do Poder Judiciário é um dos mecanismos que favorece o diálogo institucional. Ainda, verificou-se que diante da decisão da ADI 4.430, que não agradou ao Parlamento, este elaborou o projeto de lei em sentido adverso ao da decisão prolatada pelo STF, que não vincula a futura atividade legislativa. Portanto, verifica-se a divergência de opinião entre o STF e o Parlamento, sendo necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre os poderes, preservando-se o Estado Democrático de Direito. Como propugna o ministro Luiz Fux no voto sobre o MS 32.033/DF: “Eis o desafio da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito: não ir *além* da sua missão, nem ficar *aquém* do seu dever”<sup>50</sup>.

Nesse sentido, entende-se que não deve haver uma dinâmica institucional pré-definida do ponto de vista normativo, que fixe de maneira radical os âmbitos de ação de cada um dos poderes. Um modelo rígido bloquearia os avanços e as mutações institucionais demandadas pela sociedade, além de limitar os contornos de ação do Direito e o seu grande potencial transformador. Outro equívoco da visão normativista é enxergar o Direito como inimigo da política e taxar de ativista qualquer mudança promovida além da previsão do código. Assim, a nova configuração institucional, que é um desdobramento natural da separação de poderes que se complementam é incompatível com uma visão normativista do Direito.

A sociedade tende a ficar cada vez mais complexa, o que acaba trazendo grandes impedimentos a sua regulação jurídica. Uma tentativa nesse sentido, portanto, ameaçaria o funcionamento livre e desimpedido das relações sociais, e impor limites às formas de funcionamento do sistema, reprimindo a originalidade e autenticidade inerente à convivência coletiva. Assim, a atividade de interpretação e execução das normas constitucionais é um processo inerentemente político e, portanto, sujeito a modificações dependendo do caso concreto. Sendo assim, constata-se ser impossível prevê-los e abrange-los em sua totalidade pelo texto normativo.

---

<sup>50</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms32033LF.pdf>. Acesso em 27 jun 2014. P. 5-6.

Esse movimento de expansão das fronteiras do direito pressupõe a concepção de mecanismos institucionais alternativos. Alguns modelos têm sido adotados por diferentes países, como o reenvio legislativo, no Canadá. No Brasil, o cenário de transformações institucionais foi intensificado pela Constituição de 1988, uma Carta abrangente e abstrata. Nessa nova configuração, o STF teve suas competências ampliadas, gerando a controvérsia entre os princípios da supremacia da Constituição e da democracia. Esse conflito é transplantado para os poderes Judiciário e Legislativo, uma vez que ao primeiro cabe guardar a Magna Carta, consistindo em poder contramajoritário e protetor das minorias, e ao segundo, por sua vez, cabe representar a maioria, detendo suposta legitimidade democrática.

Tendo em vista esse dilema, indagou-se se o controle de constitucionalidade deveria, de fato, ser mecanismo de posse do Judiciário e não do Legislativo. Alguns autores alertam para o déficit democrático do Judiciário, o que o tornaria incapaz de dar a palavra final sobre a constitucionalidade de determinada lei. A limitação da atividade interpretativa do Judiciário pelos padrões hermenêuticos poderia contribuir para uma tomada de decisão mais imparcial e menos criativa, contudo, é impossível circunscrever esse procedimento por completo, principalmente quando se verifica o caráter abstrato das normas constitucionais.

Por fim, percebe-se um verdadeiro diálogo institucional entre Legislativo e Judiciário no caso analisado. Através dos mecanismos de autocontenção do poder judiciário e da não vinculação da atividade legislativa por decisão de inconstitucionalidade do STF, foi possível que a opinião do Poder Legislativo superasse a decisão da Corte. Contudo, reafirma-se a necessidade de que qualquer reforma no Poder Judiciário que altere a atual disposição do controle de constitucionalidade venha acompanhada de uma adequada reforma política, que torne o Legislativo mais representativo dos interesses da sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. *Vinte Anos da Constituição Brasileira de 1988: O Estado a que Chegamos*, 2008. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte\\_e\\_um\\_anos\\_da\\_constituicao\\_brasileira\\_o\\_estado\\_a\\_que\\_chegamos\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf). Acesso em: 27 jun 2014.

BRASIL, Constituição Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 01 mai 2014.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, São Paulo, 6(1), págs. 159-174, jan-jun 2010.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 3).

HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta aos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

HAMILTON, Alexander. The Federalist, no LXXVIII. Nova Iorque: Scribner, Armstrong, 1876.

MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: repercussões na atividade econômica*, 2000. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/04%20-gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>. Acesso em 11/06/2014.

MOREIRA, Vital. *Constituição e Democracia*. Em: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NETTO, Menelick de Carvalho. Entrevista com Menelick de Carvalho Neto. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 4, 2007.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativista*, 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002011000300001](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001). Acesso em 10 abr 2014.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito*. Trad. Fernando Gomes. Cad. Esc. Legis. Belo Horizonte, v.7, n. 12, p. 11-63, jan./jun, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitución y Parlamento*, 2001. Disponível em: [dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1060345.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1060345.pdf). Acesso em 27 jun 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. *Lua Nova Revista de Cultura e Política*. São Paulo: CEDEC Publicações, 1997. p. 53-97.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Uk Print, 1999.

\_\_\_\_\_. *A Dignidade da Legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

## SÍTIOS ELETRÔNICOS:

<http://www.stf.jus.br>

<http://stf.jusbrasil.com.br/>

<http://www2.planalto.gov.br/>

<http://www7.tjce.jus.br>